Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

an Zwischenfällen sein. Solche Veränderungen und Hemmungen der Verhandlung sind dem Zwecke des Verfahrens völlig zuwider, und können darum nur als verderbliche Folgen ungerechtfertigter Laune oder Chikane der Parteien und einer unvollkommenen Gesetzgebung erscheinen. Wenn der Kläger nach vernommener Erklärung des Beklagten seine Klage im Wesentlichen zu ändern für gut findet, so mag er seine Klage, wie angebracht, unter Uebernahme der Kosten fallen lassen und eine neue Klage anstellen.

Aus der mündlichen Verhandlung müssen aber wesentliche Aenderungen ferne gehalten werden. Die Mängel und Gebrechen des deutschen Prozesses wollen wir offen und wahr anerkennen und deren Beseitigung erstreben, was aber deutscher Geist und deutsche Rechtswissenschaft Gutes und in Erfahrung Bewährtes geschaffen hat, das sollen und wollen wir als ehrwürdiges nationales Erbtheil in Ehren halten und unsern Nachkommen überliefern.

V.

Beitrag zur Lehre vom periculum bei Obligationen.

Von

Herrn **Karl Fuchs.**
kurf. hessischer Amtsassessor a. D.

§. 1. Während man in früheren Zeiten fast allgemein bei Beantwortung der Frage, wer in Schuldverhältnissen die Gefahr zu tragen habe, sich mit dem Satze: casum sentit dominus begnügte und in diesem ein ausreichendes, durchgreifendes Princip zu besitzen glaubte, hat zuerst Wächter im A. f. c. Pr. Bd. 15 S. 118 f. 192 f. gründlich nachgewiesen, daß jener Grundsatz, wenn man unter dem dominus den Eigenthümer verstehe, jedenfalls zu eng sei, daß das periculum in Obligationsverhältnissen in gar keinem inneren Zusammenhange mit dem Verluste des

dinglichen Rechts stehe, somit jener Grundsatz zu einem Principe für unsere Frage nicht tauge und daß er, auf diese angewandt, zu ganz falschen, den Quellenzeugnissen widersprechenden, Consequenzen hinführe. Statt dessen stellt Wächter[1]) als Princip die beiden Sätze auf: impossibilium nulla est obligatio und casus a nullo praestantur. Allein hiergegen bemerkt Mühlenbruch (Lehrbuch §. 365 Note 5.) mit Recht, daß aus diesen rein negativen Sätzen nur folge, daß der Promittent nicht weiter — also namentlich nicht zur aestimatio — verpflichtet sei, nicht aber, daß ihm bei zweiseitigen Obligationen der Andere verpflichtet bleibe. Madai in seiner Lehre von der Mora Seite 279 sq. glaubt die Frage durch den Satz lösen zu können, daß derjenige jederzeit das periculum zu tragen habe, cuius obligatio sit perpetua, weil die praestatio periculi, nämlich die Fortdauer der obligatorischen Verpflichtung, trotz zufälligen Untergangs der Sache, lediglich Folge der perpetuatio obligationis sei. Es erscheine nun beim Kaufe und bei der Dienstmiethe die Verbindlichkeit des Käufers und Miethers als eine perpetua, weil sie auf ein genus (Geld) gehe, und da ein genus, nicht leicht zu Grunde gehe, der Käufer und Miether sich nicht auf eine durch Zufall herbeigeführte Beendigung seiner Verbindlichkeit berufen könne, während der Verkäufer als debitor speciei nach dem allgemeinen Rechtssatze „impossibilium nulla est obligatio“ und der Dienstmiether zufolge besonderer Begünstigung im Römischen Rechte von ihrer Verbindlichkeit befreit seien. Auch bei einseitigen Verträgen erweise sich jener Grundsatz als richtig, indem a) der debitor speciei nach dem Grundsatze impossibilium u. s. w. von seiner Verpflichtung frei, soweit seine obligatio keine perpetua sei und folgeweise die Gefahr den Gegner treffe; im Falle einer mora debitoris aber durch die in Folge derselben eintretende perpetuatio obligationis

1) l. c. p. 116. 120 sq. 188 sq.

die Gefahr auf dieſen übergehe; b) bei der alternativen Obligation bis zum Untergange der letzten Sache wegen der fortdauernden Verbindlichkeit zur Leiſtung der übrig gebliebenen Objekte, alſo wegen ſeiner obligatio perpetua der Debitor und erſt beim Untergange der letzten, in der Obligation befangenen, Sache — wegen des Grundſatzes impossibilium etc. — der Creditor die Gefahr trage, und endlich c) der debitor generis wegen des Charakters ſeiner Obligation als einer perpetua die Gefahr zu präſtiren habe. Auch bei den Innominatcontrakten löſe ſich nach dem aufgeſtellten Principe die von jeher beſtehende Schwierigkeit ganz einfach, indem durch die einſeitige, die Perfektion des Contrakts bewirkende Leiſtung des einen Contrahenten für dieſen die Möglichkeit wegfalle, durch zufälligen Untergang des Objekts frei zu werden, dadurch alſo ſeine Obligation eine perpetua geworden ſei, und in Folge deſſen das periculum der Gegenleiſtung ihn treffe. Der Kern dieſer ganzen Deduktion ſcheint der zu ſein: Wer leiſten kann, muß leiſten, alſo wem der Zufall die Leiſtung unmöglich macht, der iſt ſeiner Verbindlichkeit ledig. Schon der Umſtand, daß Madai den Grund impossibilum u. ſ. w., deſſen Anwendung, wie er richtig gegen die Wächter'ſche Theorie ausführt, zu einem Cirkelſchluſſe hinleitet, in die Rechtfertigung ſeines Principes hereinzuziehen genöthigt iſt, muß gegen die Richtigkeit deſſelben Bedenken erregen, er beweiſt jedenfalls, daß er für ſich nicht ausreiche. Allein der aufgeſtellte Satz erſcheint auch noch aus folgenden Gründen als verwerflich. Perpetuatio obligationis iſt, wie ſich im Verlaufe dieſer Erörterung noch zur Genüge ergeben dürfte, die Fortdauer einer durch Schuld des Verpflichteten unerfüllbar gewordenen Obligation, vermittelt durch die Fiktion der Forterißtenz des Gegenſtandes der Leiſtung in ſeinem Geldwerthe. Sie iſt Folge der culpa debitoris, wie dieß direkt in fr. 91 §. 3 de v. o. 45, 1. geſagt wird, und mit Recht bemerkt Bangerow Leitf. III. p. 208, daß in der perpetuatio obligationis gar kein ſelbſtſtändiges Princip enthalten ſei, ſon-

dern daß dieselbe nur als eine Consequenz des höhern Grundsatzes betrachtet werden müsse, daß der säumige Schuldner wegen seiner culpa — und diese ist ein wesentlicher Bestandtheil der s. g. subjektiven mora — verpflichtet sei, dem Gläubiger Alles das zu leisten, was er ohne jene Mora gehabt hätte. Wird nun die obligatio nur und erst durch die culpa des Schuldners und, wie sich später ergeben wird, in der Voraussetzung der Unmöglichkeit der Leistung zur perpetua, so kann weder die auf eine Quantität oder ein genus gerichtete, noch die alternative Obligation eine perpetua genannt werden. Der Grund, weßhalb bei diesen vor geschehener Individualisirung bezw. vor Ausübung des Wahlrechts von einer Befreiung des Schuldners wegen Untergangs der res debita nicht die Rede sein kann, ist ein ganz anderer, ein im Wesen dieser Schuldverhältnisse begründeter. Es kann nämlich, ehe die bezeichneten Handlungen vorgenommen werden, von keiner der im Besitze des Schuldners befindlichen Sachen derselben Quantität und desselben genus, wie sie den Gegenstand der Verbindlichkeit bilden, und ebenso von keinem der in der alternativen Obligation enthaltenen Objekte gesagt werden, daß das Untergegangene grade das sei, quod debetur, weil andere Gegenstände derselben Quantität und desselben genus eine der übrigen geschuldeten Sachen ebenso gut geleistet werden können, die Erfüllung der Verbindlichkeit somit nicht unmöglich geworden ist. Dieser Grund findet sich auch ausgesprochen und angedeutet in fr. 33 §. 1 de sol. 46, 3. — fr. 42 de nisi dot. 23, 3. Nirgends finden wir auch in unseren Quellen die Obligation der bezeichneten Arten als eine perpetua bezeichnet. Noch weniger zu billigen ist die Idee Madai's, daß bei Innominatverträgen, wenn der eine Contrahent erfüllt hat, dessen Obligation zur perpetua werde, weil aber durch die Erfüllung für ihn die Möglichkeit wegfalle, durch zufälligen Untergang der Sache frei zu werden. Abgesehen davon, daß bei diesen Contrahenten gar keine Obligation existirt, da er nicht solvendi, sondern contrahendi

causa leiſtet und die Leiſtung vor Erfolg der Gegenleiſtung jederzeit vermöge ſeines Reuerechts zurückfordern kann, ſo würde nach der Definition Madai's von der perpetua obligatio derſelbe trotz geſchehener Leiſtung beim Untergange deſſen, was er gegeben, obligatoriſch verpflichtet bleiben, eine Anſicht, die wohl ſchwerlich einen Anhänger finden wird. Das Princip Madai's iſt aber auch unzureichend, und zwar 1) ſelbſt bei dem Kaufe und der Dienſtmiethe. Wie will er aus demſelben eine Entſcheidung über das Tragen der Gefahr für den Fall hernehmen, daß der Käufer dem Verkäufer den Kaufſchilling und der Miether dem Vermiether den Lohn anbietet, ohne dabei jedoch die Erfüllung der Gegenleiſtung zu fordern, der andere Contrahent darauf die Annahme grundlos verweigert und nun die Waare untergeht beziehungsweiſe die Dienſtleiſtung caſuell unmöglich wird? Hier wäre einerſeits die Obligation des Verkäufers und Vermiethers wegen fehlender mora nicht perpetuirt, andrerſeits hörte die Obligation des Käufers und Miethers (nach Madai's Anſicht l. c. p. 452 sq.) auf, eine perpetua zu ſein. Madai konnte demnach hier die Gefahr nicht dem Käufer und Miether deßhalb aufbürden, weil ja ihre obligatio eine perpetua ſei, ſondern wäre wie bei der einſeitigen Obligation, wenn ſie auf eine species geht, gezwungen, auf den Satz impossibilium u. ſ. w. zu recurriren. 2) Bei der Societät. Die von dem einem socius zu leiſtende species untergeht, ohne daß an deren Exiſtenz die Ausführbarkeit des ganzen Societätsplans geknüpft iſt, ſo iſt dieſer socius ſeiner Verbindlichkeit ledig, die übrigen müſſen ihre Verpflichtung zur Einlage ihrer species erfüllen, und jener nimmt am Gewinne Theil. fr. 58 pr. pro socio 17, 2. Die Rechtfertigung dieſer Entſcheidung wird man vergeblich in dem Madai'ſchen Princip ſuchen und auch hier bliebe der Satz impossibilum nulla est obligatio der einzige Ausweg. 3) Bei der Sachenmiethe, deren auch Madai in ſeiner Deduktion keine Erwähnung gethan hat. Während bei dieſem Vertrage den Vermiether die Gefahr im Falle des Un-

tergangs der vermietheten Sache trifft, müßte diese nach der Madai'schen Regel der Miether zu tragen haben. Hiernach durfte der von diesem Schriftsteller aufgestellte Satz weder als in sich richtig noch, als zu einem allgemeinen Princip für die Entscheidung der Frage, wer in Schuldverhältnissen die Gefahr zu tragen habe, dienlich anzusehen sein, und so hat es Vangerow[2]) bei dem ungünstigen Schicksale der gemachten Versuche, ein solches Princip aufzufinden, aufgegeben, eine Entscheidungsnorm an die Spitze zu stellen und statt dessen den Weg eingeschlagen, nach der besonderen Natur der einzelnen Obligationsarten und nach dem Ausspruche der Quellen jene Frage zu beantworten.

§. 2. Ehe ich den Versuch mache, ein Princip für die Gefahr bei Obligationen aufzustellen und dessen Zulänglichkeit zu begründen, erscheint es angemessen, den Begriff von periculum vorauszuschicken. Es ist das Hauptverdienst der Abhandlung von Wächter l. c. p. 99 sq., daß er denselben scharf abgegrenzt und Ungehöriges daraus entfernt hat. Der Gläubiger trägt die Gefahr (periculum, damnum est creditoris, res creditori perit, periculum ad creditorem pertinet, res periculo creditoris vivit u. dgl.), wenn die zufällige Unmöglichkeit der Leistung von Seiten des Schuldners diesen von seiner Verbindlichkeit befreit, ohne daß der Gläubiger Ersatz verlangen kann oder von seiner Gegenleistung befreit wird. Der Schuldner trägt die Gefahr (periculum debitoris est u. s. w.), wenn im Falle zufälliger Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner entweder Ersatz leisten muß, oder zwar von seiner Verbindlichkeit befreit wird, dafür aber keinen Anspruch auf die Gegenleistung des Gläubigers hat.[3]) Gehen wir nunmehr in die Sache selbst ein. Ich glaube als allgemeinen, leitenden Grundsatz im Römischen Rechte den aufzustellen zu können:

2) L. c. p. 216.
3) Vangerow l. c. p. 215 I.

Die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, gilt als erfüllt, die Handlung also als vorgenommen, wenn dieselbe ohne Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden ist. Wesentliche Voraussetzung dieser Fiktion ist die Schuldlosigkeit des Verpflichteten an der Unmöglichkeit seiner Leistung. Was die Terminologie des Römischen Rechts in dieser Hinsicht anlangt, so wird diese Schuldlosigkeit am häufigsten mit dem Ausdrucke bezeichnet: per debitorem non stat quominus faciat, während umgekehrt im Falle eines Verschuldens des debitor gesagt wird: per eum stat quominus faciat. Es findet sich auch dem per aliquem non stetit quominus gleichgestellt per rerum naturam stetit in fr. 16 §. 3 pec. const. 13, 5., was in dem damit zusammenhängenden fr. 18 cod. durch die Beispiele: valetudine aut vi aut tempestate erläutert wird, also auf den casus sich bezieht. Casus ist aber der Gegensatz von culpa, er ist das damnum praeter per dolum vel culpam debitoris emergens [4]) dagegen heißt si quem stat, quominus soviel als si dolo vel culpa alicuius per factum est quominus. [5]) Hieraus erklärt es sich auch, daß jene Ausdrücke so oft zur Umschreibung des Begriffes mora von den Römischen Juristen gebraucht werden, und mit Recht läßt sich daraus ein Hauptargument dafür entnehmen, daß ohne culpa eine s. g. subjektive mora im eigentlichen und technischen Sinne nicht existirt und die entgegengesetzte Ansicht Schömann's (Lehre vom Schadenserf. p. 10 sq.) grundlos ist. [6]) Da, wie sich weiter unten ergeben wird, im Falle eines Verzugs in Erfüllung oder Annahme einer Leistung deren, später durch Zufall herbeigeführte Unmöglichkeit mit dem vorangegangenen Verzuge in Verbindung gebracht und wegen dieser mora als eine vom Schuldner oder

4) Gius III., 211. fr. 23 de iur. 50, 17. fr. 12 pr. de usufr. 7 1 fr. 11 de neg. gest. 3, 5. fr. 52 §. 4 ad l. Age. g, 2. fr. 18 pr. comm. 13, 6. fr. 1 §. 35 dep. 16, 3. c 5. ad l. Corn. de sic. g, 16.

5) Fr. 8 §. 4 qui satisd. cog. 2, 8. fr. 5. de reb. coed. 12, 1.

6) Vgl. Madai l. c. §. 2 insb. p. 8sq. Wangerow l. c. p. 191.

Gläubiger verschuldete angesehen wird, so finden wir auch oft die Ausdrücke: per debitorem mora facta non est, sine debitoris mora oder ante d. moram, per oder post creditoris moram, und im Gegensatze davon: per debitorem mora facta est quominus, per oder post debitoris moram, sine creditoris mora, ante or. moram gebraucht. Manchmal wird auch das Verschulden lediglich durch facere factum bezeichnet, Worte, welche bekanntlich nicht selten eine rechts- oder kontraktswidrige Handlungsweise bedeuten.[7]) Die Leistung ist nun ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich geworden, 1) wenn ein Dritter — sei dieß der Gläubiger oder ein Anderer — durch seine Thätigkeit diese Unmöglichkeit herbeigeführt hat;[8]) 2) wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung von Seite des Schuldners verweigert und nachher diese letztere durch Zufall unmöglich geworden ist.[9]) Hier wird die eingetretene Unmöglichkeit mit der vorgängigen mora des Gläubigers in Verbindung gesetzt und diesem zur Schuld angerechnet, weil ohne seinen Verzug die Leistung erfolgt wäre und dann von einem Unmöglichwerden derselben nicht mehr die Rede hätte sein können; fr. 72 cit. 3) wenn ein von menschlichem Willen unabhängiges Ereigniß die Leistung unmöglich gemacht hat,[10]) dagegen wird die Unmöglichkeit der Leistung dem debitor zur Schuld angerechnet, 1) wenn er eine Handlung vor-

7) Vgl. Pand. Rec. sent. III.. 6, 23. fr. 22 pro soc. 17, 2. fr. 1 §. 6 furti adv. naut. 47, 5. Fr. de iure fisci §. 6. fr. 155 pr. de reg. iur. 50, 17.

8) fr. 32 §. 5 de us. 22, 1. fr. 23 §. 1 de op. lib. 38, 1. fr. 51. 88. 91 de v. o. 45, 1. fr. 98 §. 8 de sol. 46, 3.

9) fr. 37 mand. 17, 1. fr. 6 de m. et m. c. exc. 44, 4. fr. 105 de v. o. 45, 1. fr. 39. 72 pr. de sol. 46, 3.

10) Z. B. fr. 19 §. 9 loc. c. 19, 2. fr. 1 §. 13 de extr. cogn. 50, 13. fr. 15 pr. de op. lib. 38, 1. fr. 5 pr. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. fr. 36 §. 3. 47 §. 6. 54 §. 2 de leg. 1. fr. 84 de cond. et dem. 35, 1. fr. 83 §. 5. 91 pr. de v. o. 45, 1. fr. 45 de obl. et act. 44, 7. fr. 107 de sol. 46, 3. fr. 30 §. 5 ad l. Falc. 35, 2.

nimmt, in deren Folge die Leistung nicht mehr geschehen kann, z. B. wenn er die geschuldete Sache vernichtet; fr. 23. 91 pr. §. 1 de V. O. 45, 1.; 2) wenn er die ihm zu Gebote stehenden Mittel nicht anwendet, um das der Erfüllung seiner Verbindlichkeit entgegenstehende Hinderniß zu beseitigen; fr. 40 pr. de cond. et dem. 35, 1.; 3) wenn er sich in eine Lage versetzt, in der ihm die Leistung unmöglich werden kann, und nun zufällig diese Unmöglichkeit eintritt; fr. 1 §. 4 de obl. et act. 44, 7. fr. 5 §. 7. 18 comm. 13, 6.; 4) wenn er mit seiner Leistung in Verzug gekommen und diese nachher durch Zufall, durch ein von seinem Willen unabhängiges Ereigniß, unmöglich geworden ist.[11]) Der Grund, warum dem Schuldner hier die Unmöglichkeit der Leistung zur Last gelegt wird, ist der, daß rechtzeitige Erfüllung den Gläubiger in die Lage gesetzt hätte, dem durch den Zufall herbeigeführten Nachtheil zu entgehen, z. B. durch vorherigen Verkauf der Sache.[12]) Die eben aufgeführten Fälle haben alle das gemeinsam, daß die Unmöglichkeit der Leistung ihren (unmittelbaren oder mittelbaren) Grund in einem schuldvollen kontraktswidrigen Verhalten des debitor hat. Sie sind natürlich nur als Hauptbeispiele dieser Ursache und Wirkung zu betrachten. Ob und inwieweit von einem solchen Verschulden die Rede sein könne, und ob dasselbe im Zusammenhange mit der Unmöglichkeit der Leistung stehe, ist immer nach der jeweiligen Gestaltung des einzelnen, den Grad der culpa bestimmenden Rechtsgeschäfts und der einschlagenden faktischen Verhältnisse zu prüfen,[13]) wie dieß auch die Röm. Juristen stets gethan haben.[14])

---

11) Z. B. fr. 5 de reb. cred. 12, 1. fr. 23. 24. 49 pr. §. 3 de V. O. 45, 1. fr. 58 §. 1 de fidei. 46, 1. fr. 39 §. 1. 47 §. 6. 108 §. 11 de leg. 1. fr. 23 de pro const. 13, 5. fr. 31 pr. de nov. 46, 2.

12) fr. 47 §. 6 de leg. 1. Vgl. noch fr. 15 §. 3 de rei vind. 6. 1. fr. 20 §. 21. 40 pr. de per. pet. 5, 3.

13) Vgl. fr. 5 de reb. cred. 12, 1.

14) Vgl. z. B. fr. 91. 96 de v. o. 45, 1. fr. 1 §. 3, 4. 2 de per. rei vend. et tr. 18, 6. fr. 9 §. 1. 21—33 de us. 22, 1.

§. 3. Daß eine ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich gewordene Leistung vermöge einer Fiktion für erfüllt gelte, geht nun aus mehreren Stellen hervor, und zwar aus 1) Fr. 5 §. 2 de rese. vend. 18, 5. Julian bejaht in dem vorhergehenden Paragraphen die Frage, ob ein Kauf durch mutuus consensus aufgelöst werden könne, für den Fall, daß eine Leistung aus dem Contrakte noch nicht erfolgt sei; er verneint sie in unserem Paragraphen in Folge dieses Grundsatzes, weil die durch den Tod des Kaufobjekts, also ohne Verschulden des Verkäufers (daß ein solches, namentlich ein Verzug, hier nicht zu unterstellen sei, ist wohl unzweifelhaft, zumal da die Contrahenten das Rechtsgeschäft rückgängig machen wollen, und sonst die Folgerung utpoti venditor liberetur et emtori res pereat mit Rücksicht auf §. 3 J. de emt. et vend. 3, 23, fr. 14 pr. vgl. mit fr. 12. 14 §. 1. de per. rei v. et fr. 18, 6, fr. 54 de act. emt. 19, 1. fr. 36 eod. unrichtig wäre) unmöglich gewordene Leistung der Tradition gleichstehe, als geschehen fingirt werde. Grade eine solche, durch Fiktion vermittelte, Gleichstellung bezeichnet der Ausdruck: perinde (proinde) ac si (traditus fuisset), wie aus Gaius I., 148 vgl. mit §. 114. II., 35. 41. 197. 212. 258. III., 56. 98. IV., 17. Ulp. 19, 14. fr. 161 de reg. iur. 50, 17. fr. 24 de cond. 35. 1. fr. 23 §. 1 de statut. 40, 7. fr. 7 de statu hom. 1, 5. fr. 16 c. f. de iniusto 28, 3. fr. 8 de feriis 2, 12 u. s. w. hervorgeht. Deßhalb bleibt wie im Falle wirklicher Tradition der Waare, c. 1 quando lic. ab emt. 4, 45, die actio venditi bestehen und kann nicht durch mutuus consensus der Partheien getilgt werden, sondern hierzu ist eine insta conventio, d. i. ein dem ius civile et solemne angehöriger Rechtsakt, nämlich eine Aquiliana stipulatio nöthig, in Folge deren durch imaginaria solutio die actio venditi, gerade wie vorliegend die actio emti, ipso iure vernichtet wurde. 2) In Fr. 72 pr. de solut. 46, 3: finden wir die ohne culpa des debitor unmöglich gewordene Zahlung der wirklichen

Zahlung gleichgestellt, und so muß ich auf die Bedeutung des pro soluto esse aufmerksam machen, welches ebenfalls gerade eine Gleichstellung vermittelst juristischer Fiktion bezeichnet; vgl. Gaius I., 147. II., 7. fr. 20 pr. de cond. inst. 28, 7. fr. 231 de V. sign. 50, 16. fr. 3. 6 §. 1. 81 §. 1 de cond. 35, 1. fr. 38 §. 1 de leg. 1. fr. 5 §. 4, 5 quando dies 36, 2. — §. 10 J. de her. inst. 2, 14. 3) Es spricht dafür fr. 9 §. 1 de sol. 46, 3.; daß hier eine auf die mora des Gläubigers erfolgte Unmöglichkeit der Leistung (durch den Tod des Stichus) zu unterstellen sei, wird nicht zu bezweifeln sein, weil ja ohne diese Supposition von einer Liberation überhaupt gar nicht die Rede sein könnte. In jener Voraussetzung aber ist auch hier wegen des Mangels einer Schuld auf Seiten des debitor die nicht mehr mögliche Erfüllung der Verbindlichkeit der wirklich erfolgten gleichgestellt. Ebenso 3) fr. 39 de reg. iur. 50, 17. Bei Benutzung und Erläuterung aller aus dem Titel de regulis iuris, in welchem sich in buntem Gemische Rechtsprincipien, positive Rechtsregeln, Einzelentscheidungen der Rechtsgelehrten, Bestimmungen von Kaisern, rechtswissenschaftliche Vorschriften, Definitionen und Reflexionen zusammengewürfelt finden, entnommenen Stellen, muß man mit besonderer Vorsicht zu Werke gehen. Aus seinem ursprünglichen Zusammenhange wegen seines allgemeineren Inhaltes gerissen und in jenen Pandektentitel aufgenommen, kann ein Satz leicht gänzlich mißverstanden und falsch gedeutet werden, wenn es unmöglich ist, jenen Zusammenhang aus anderen uns erhaltenen Excerpten desselben Werks und Buchs zu reconstruiren oder doch wahrscheinlich zu machen. Mit Recht bemerkt daher Bynkershoek in seiner Obs. VII. 18: In regulis et sententiis iuris civilis, quamvis generaliter scriptis, si quis non recurrat ad libros IClorum, unde desumtae sunt, easque exponat ex argumento, quod ibi prae manibus est, nae ille semper perniciosissime erraverit. Einen schlagenden Beweis dafür, wie leicht man bei Auslegung der in diesem Pandektentitel enthaltenen Frag-

mente auf Irrwege gerathen kann, liefert die Erklärung unserer Stelle, wie sie Jac. Gothofred ad. h. l. gibt. Er bezieht dieselbe nämlich auf das interdictum possessorium und findet darin den Satz ausgesprochen, daß der Käufer wenn der Verkäufer die Einweisung in den Besitz des verkauften Grundstücks verzögert, sich darein setzen dürfe. Es genügt, zur Widerlegung dieser Ansicht auf die von Schulting notae ad h. l. citirten fr. 5. 33 de acqu. vel om. h. 41, 2 und fr. 176 pr. de reg. iur. 50, 17 zu verweisen. Die übrigen Excerpte aus dem 32. Buche des Pomponius ad Sabinum finden sich in fr. 19 quemadmodum serv. amitt. 8, 6. fr. 31. 33 de acqu. vel am. poss. 41, 2. fr. 32 de usurp. et usuc. 41, 3. fr. 6 pro emt. 41, 4. fr. 1 pro herede vel poss. 41. 5. fr. 4 pro donato 41, 6. fr. 6 pro leg. 41, 8 fr. 8 pro suo 41, 10. fr. 2 de aqua quot. et aest. 43, 20 und fr. 16 de prec. 43, 26. Daraus geht hervor, daß dieser Jurist in jenem 32. Buche vom Kaufvertrage und insbesondere vom Besitze und der Usucapion des Käufers, die zugleich die Gelegenheit darbot, die Ersitzung aus anderen Titeln zu besprechen, sowie vom Vorbehalte von Servituten beim Verkaufe von Grundstücken gehandelt hat. Nun ist der Kauf gerade das Rechtsgeschäft, bei welchem die Römischen Juristen die Lehre von dem periculum ex professo erörtert haben, wie dieß schon die Ueberschrift der Titel Dig. 18, 6 und Cod. 4, 48 darthut. Es wäre deßhalb möglich, daß Pomponius bei der Erörterung über Tradition und Besitzerwerb der Waare Seitens des Käufers den Fall besprochen hat, wenn die Tradition durch Verschulden eines Dritten unmöglich geworden ist. Freilich läßt sich darüber bei der Dürftigkeit des uns zu Gebote stehenden Materials nichts Sicheres bestimmen. Dem sei nun wie ihm wolle, in der ausgezogenen Stelle findet sich die Bestimmung enthalten, daß in allen Rechtsgeschäften die Leistung, welche ein Dritter durch sein Verschulden unmöglich gemacht hat, für erfüllt angenommen werde. Daß der Ausdruck „si per

alium morae sit" (wofür wohl richtiger mora fit zu lesen ist) nicht lediglich die bloße Verhinderung des Schuldners an der Erfüllung seiner Verpflichtung, so daß diese immer noch realisirbar bleibt, sondern auch das Unmöglichmachen der Leistung bezeichnet, erhellt aus fr. 32 §. 5 de us. 22, 1. 4) In fr. 107 de sol. 46, 3. Der Jurist theilt die Gründe, aus welchen eine verborum obligatio aufgehoben wird, in solche, welche dem ius naturale, und in solche ein, welche dem ius civile angehören. Als Beispiel ersterer Art führt er die wirkliche Erfüllung der Verbindlichkeit auf und stellt als gleichwirkend daneben die ohne Verschulden des Promittenten eingetretene Unmöglichkeit der Leistung. Daß letzterer diese Wirksamkeit aus einem dem ius naturale, der naturalis aequitas entnommenen Grunde beigelegt werde, hoffe ich weiter unten darzuthun. Hier genügt es, auf fr. 14. §. 1. dep. 16. 3: quia aequum esset, naturalem interitum ad actorem pertinere zu verweisen. Wenn Unterholzner in seiner Lehre von den Schuldverhältnissen I. §. 241, n. b. das naturaliter in unserer Stelle auf den naturalis interitus des Schuldobjekts beziehen zu wollen scheint, so ist dieß eine Verkennung des Begriffs jenes Wortes im Gegensatze von civiliter und läuft auf eine leere Wortspielerei hinaus.

Als civilrechtliche Tilgungsgründe einer Stipulation werden aufgezählt:

1) Die Acceptilation, als ein dem ius civile angehöriger Rechtsakt, und wenn Ulpian in fr. 8. §. 4 de accept. 46, 4 bemerkt: hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio, so bezieht sich dieß nicht auf die Form und den Ursprung derselben, sondern lediglich auf ihre materielle Wirksamkeit, indem durch die acceptilatio Aquiliana alle Obligationen, auch die iuris gentium, ipso iure aufgehoben werden können, vergl. auch fr. 4. §. 2. de transact. 215.

2) Die Konfusion. Diese enthebt nämlich, als ein Hinderniß in der Person des Berechtigten, mehr subjektiv den Schuldner seiner Verbindlichkeit, als daß sie objektiv

den Bestand der Obligation vernichtet, so daß dieselbe nur indirekt und nur unter der Voraussetzung zu existiren aufhört, daß nur ein Gläubiger und ein Schuldner vorhanden ist. War doch selbst in diesem Falle ein Sektenstreit zwischen den Prokulianern und Sabinianern, indem jene beim Wegfallen jenes Hindernisses die Verbindlichkeit wieder aufleben ließen, diese dagegen lehrten, die Obligation sei und bleibe erloschen! Gai IV. §. 78. Büchel, civilr. Erört. II. p. 31 f. Eine Folge der dargestellten Natur der Confusion ist, daß, wenn solche zwischen dem Testator, der Schuldner war, und dem Gläubiger, der nur Miterbe ist, stattfindet, die übrigen Miterben nach dem Belaufe ihrer Erbschaftsquote haften, fr. 24, de fidei 46, 1, und daß bei einer Confusion zwischen dem Bürgen und Schuldner das von jenem für seine Verpflichtung bestellte Pfandrecht trotz des Untergangs der fideiussoria obligatio (einer Gattung der verborum obligatio, vrgl. Ribbentrop, Correalobl. §. 17) bestehen bleibt, fr. 38, §. 5 de sol. 46, 3. fr. 59 pr. ad SC. Treb. 36, 1, sowie daß bei der Correalobligation, also auch einer Species der verborum obligatio, die Confusion die Obligation für die correi fortexistiren läßt. Bangerow, l. c. p. 94 f. Daraus geht hervor, daß die Confusion, wenn sie als Tilgungsgrund einer Obligation überhaupt wirken soll, positivrechtlicher Normen bedarf und solche sich auch im römischen Rechte, und hier bei der verborum obligatio, wovon unsere Stelle handelt, insbesondere vorfinden, und daß somit die Subsumtion unter die civilrechtlichen Aufhebungsgründe gerechtfertigt erscheint. — In fr. 36 de pactis 2, 14 finden sich wirkliche Erfüllung der Uebereinkunft und deren, Seitens des Verpflichteten nicht verschuldete Unmöglichkeit zusammen und als gleichwirkend hingestellt. — Wenn bei der letzteren der Zusatz si tua u. s. w. hinzugefügt ist, so erklärt sich dieß daraus, daß eine Uebereinkunft, wobei der Promissar kein Interesse hat, unwirksam ist und keine Einrede begründet, vergl. fr. 61, ht. fr. 11 de rel. 11, 7. Nach

fr. 16, §. 2 de pec. const. 13, 5, fällt die actio de pecunia constituta weg durch Erfüllung des Zahlungsverſprechens und durch deren Unmöglichkeit ohne Schuld des Konſtituanten, was das Edikt als gleich wirkend neben einander ſtellt. Von Bedeutung iſt noch fr. 12. 14 pr. de per. rei v. et tr. 18, 6. 8) fr. 15 de iure dot. 23, 3. Quod si per eam (mulierem) non stetisset (quominus rem aestimatam viro traderet, vergl. fr. 14 eod.) perinde pretium aufert, ac si tradedisset, quia quod evenit, emtoris periculo est.

(Schluß des Aufſatzes im nächſten Heft.)

XIII.

Ueber den neueſten Standpunkt der Geſetzgebung über Gerichtsverfaſſung und bürgerliches Verfahren, mit Rückſicht auf die neueſten Geſetzgebungsarbeiten in Frankreich, Genf, England, Nordamerika, Schweiz, Oeſterreich, Baiern, Hannover, Anhalt, Naſſau, Baden, Oldenburg, Hamburg, und die von Höpfner und Völderndorf vorgelegten Geſetzesentwürfe.

Von

Mittermaier.

Die letzten Monate haben auf dem Gebiete der Geſetzgebung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten eine ſo große Zahl neuer und bedeutender Erſcheinungen gebracht, daß wir nicht länger zögern dürfen, in dieſer Zeitſchrift, welche ſich die Aufgabe ſetzt, allem Fortſchritt der bürgerlichen Geſetzgebung zu folgen, unſern Leſern über die neueſten Geſetze und Entwürfe Bericht zu erſtatten. Das Bedürfniß, eine beſſere Civilprozeßgeſetzgebung einzuführen, macht in allen Ländern ſich geltend. Dar-